

BS_APPELLATIONSGERICHT SB.2020.77 vom 15. März 2021

BS Appellationsgericht, 2021-03-15, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_SB.2020.77

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT SB.2020.77 du 15 mars 2021

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT SB.2020.77 del 15 marzo 2021

Erwägungen

E. 1

1.1 Gemäss Art. 398 Abs. 1 StPO ist die Berufung gegen Urteile erstinstanzlicher Gerichte zulässig, mit denen das Verfahren ganz oder teilweise abgeschlossen wird, was vorliegend der Fall ist. Zuständiges Berufungsgericht ist nach § 88 Abs. 1 und 92 Abs. 1 Ziff. 1 des Gerichtsorganisationsgesetzes (GOG, SG 154.100) ein Dreiergericht des Appellationsgerichts. Der Berufungskläger ist vom angefochtenen Urteil berührt und hat ein rechtlich geschütztes Interesse an dessen Aufhebung, sodass er gemäss Art. 382 Abs. 1 StPO zur Ergreifung der Berufung legitimiert ist. Diese ist gemäss Art. 399 StPO form- und fristgemäss angemeldet und erklärt worden, womit auf sie einzutreten ist.

1.2 Gemäss Art. 406 Abs. 1 StPO kann das Berufungsgericht die Berufung in einem schriftlichen Verfahren behandeln, wenn ausschliesslich Rechtsfragen zu entscheiden sind (lit. a) oder ausschliesslich Übertretungen Gegenstand des erstinstanzlichen Urteils bilden und mit der Berufung nicht ein Schuldspruch wegen eines Verbrechens oder Vergehens beantragt wird (lit. c). Beides ist vorliegend der Fall, weshalb die Berufung im schriftlichen Verfahren beurteilt werden kann. Die (definitive) Anordnung des schriftlichen Verfahrens durch das Gericht muss praxisgemäss nicht in einer separaten Entscheidung erfolgen, sondern es genügt ein entsprechender Hinweis im Urteil (vgl. statt vieler AGE SB.2019.112 vom 29. Juni 2020 E. 1.2, SB.2018.110 vom 2. April 2019 E. 1.2; jeweils mit Hinweisen). Die Verfahrensleitung setzt der Partei, welche die Berufung erklärt hat, Frist zur schriftlichen Begründung (Art. 406 Abs. 3 StPO).

Die Parteien sind mit Verfügungen vom 4. September 2020 und vom 7. Dezember 2020 darauf hingewiesen worden, dass gestützt auf Art. 406 Abs. 1 lit. a StPO das schriftliche Verfahren angeordnet werde. Sie haben sich hierzu nicht geäussert. Das vorliegende Berufungsurteil ist infolgedessen auf dem Zirkulationsweg ergangen (Art. 406 Abs. 3 und 4 in Verbindung mit 390 Abs. 2 bis 4 StPO). Die Verfahrensakten sind beigezogen worden.

1.3 Im Rahmen einer Berufung wird der vorinstanzliche Entscheid grundsätzlich bezüglich sämtlicher Tat-, Rechts- und Ermessensfragen frei überprüft (Art. 398 Abs. 3 StPO). Bildeten jedoch ■ wie vorliegend ■ von vornherein ausschliesslich Übertretungen Gegenstand des erstinstanzlichen Hauptverfahrens, so schränkt Art. 398 Abs. 4 StPO die Kognition der Berufungsinstanz ein. In solchen Fällen können mit der Berufung nur Rechtsfehler oder die offensichtlich unrichtige bzw. auf Rechtsverletzung beruhende Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden. Neue Behauptungen und Beweise können gemäss Art. 398 Abs. 4 StPO nicht vorgebracht werden. Rechtsfragen überprüft das Berufungsgericht hingegen auch bei Übertretungen mit freier Kognition ■ die inhaltliche Begrenzung des Berufungsthemas in Art. 398 Abs. 4 StPO schränkt die Überprüfungsbefugnis diesbezüglich nicht ein. Ebenso überprüft das Berufungsgericht den

Kostenspruch mit voller Kognition (vgl. AGE SB.2019.122 vom 3. Juni 2020 E. 1.3; Eugster, in: Basler Kommentar StPO, 2. Auflage 2014, Art. 398 N 3a; jeweils mit Hinweisen).

E. 1.4

1.4.1 Im Rechtsmittelverfahren gilt die Dispositionsmaxime. Die Berufung kann demgemäss auf die Anfechtung von Teilen des Urteils beschränkt werden (Art. 399 Abs. 3 lit. a und Abs. 4 StPO). Erfolgt eine Teilanfechtung, erwachsen die nicht angefochtenen Punkte in Teilrechtskraft.

1.4.2 Die Freisprüche von der Anklage wegen mehrfachen Übertretens einer amtlichen Verfügung (Art. 292 StGB), begangen am 8. Mai 2019, sind nicht angefochten worden und deshalb in Rechtskraft erwachsen. Darüber ist im Berufungsverfahren nicht zu befinden.

E. 2

2.1 Materieller Hauptgegenstand des angefochtenen erstinstanzlichen Urteils ist eine Busse in Höhe von CHF 150.─ wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung. Dem Berufungskläger wird konkret vorgeworfen, eine Begegnung mit B.─ am 7. Mai 2019 billigend in Kauf genommen und damit eventualvorsätzlich gegen die mit Verfügungen vom 21. März 2019 und 29. April 2019 erlassene superprovisorische Massnahme und die damit verbundene Strafandrohung gemäss Art. 292 StGB verstossen zu haben.

2.2 Das Einzelgericht in Strafsachen erwog, die Aufhebung einer vorsorglichen Massnahme durch die Rechtsmittelbehörde sei mit Wirkung ex tunc für das Strafgericht grundsätzlich verpflichtend, da die zunächst vollstreckbare Verpflichtung wegfalle. Dies sei jedoch an die Voraussetzung gebunden, dass die Rechtsmittelinstanz feststelle, dass die angeordnete Massnahme von Anfang an nicht hätte angeordnet werden dürfen. Das Appellationsgericht Basel-Stadt habe im Entscheid vom 18. November 2019 in Erwägung 4.2 festgehalten, das Zivilgericht sei zu Recht zum Schluss gelangt, dass B.─ eine Verletzung ihrer Persönlichkeit geltend gemacht habe. Das Einzelgericht in Strafsachen gelangte aufgrund dessen zum Schluss, dass die vorsorgliche Massnahme vom 21. März 2019 sowie die ergänzende Verfügung vom 29. April 2019 nicht zu beanstanden und zum Zeitpunkt der Tatbegehung in Kraft gewesen seien. Ein Verstoss gegen die vorsorgliche Massnahme am 7. und 8. Mai 2019 sei damit strafbar gewesen (zum Ganzen: Akten S. 118, mit Hinweisen).

2.3 Der Berufungskläger macht insbesondere geltend, das Appellationsgericht habe im Zivilverfahren zwar erwogen, dass das Zivilgericht die Behauptung einer Persönlichkeitsverletzung im Rahmen einer vorläufigen Sachverhaltsermittlung als glaubhaft beurteilen dürfen. Das Appellationsgericht habe jedoch in der Folge ausgeführt, dass die Annahme einer erfolgten Persönlichkeitsverletzung für den Erlass einer vorsorglichen Massnahme nicht genüge, sondern zusätzlich eine Wiederholungsgefahr glaubhaft zu machen sei, was vorliegend nicht geschehen sei. Deshalb sei das Appellationsgericht entgegen der Behauptung des Strafgerichts zum Ergebnis gelangt, dass das Gesuch der Berufungsbeklagten um Erlass der Massnahme abzuweisen sei (Akten S. 176).

E. 2.4

2.4.1 Im Sinn von Art. 292 StGB macht sich strafbar, wer der von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten unter Hinweis auf die Strafandrohung dieses Artikels an ihn erlassenen Verfügung nicht Folge leistet. Eine Bestrafung nach Art. 292

StGB setzt die Vollstreckbarkeit der Verfügung voraus. Formelle Rechtskraft wird hingegen nicht verlangt (BGE 90 IV 79 E. 3 S. 82; OGer ZH SU160072 vom 19. September 2017 E. 4 f.; Riedo/Boner, in: Basler Kommentar StGB I, 4. Auflage 2018, Art. 292 N 189 f., mit weiteren Hinweisen; Trechsel/Vest, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 3. Auflage 2018, Art. 292 N 11, mit Hinweis).

2.4.2 Zivilgerichtliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen (Art. 261 ff. ZPO) sind vollstreckbar, sobald sie dem Verfügungsadressaten eröffnet wurden. Dagegen ergriffene Rechtsmittel haben in der Regel keine aufschiebende Wirkung (Art. 315 Abs. 4 lit. b und Art. 325 Abs. 1 ZPO), denn es ist gerade Sinn und Zweck vorsorglicher Massnahmen, dass drohende Rechtsverletzungen für die Dauer des Verfahrens (und damit bis zur Klärung der geltend gemachten Ansprüche) verhindert werden können. Allerdings können vorsorgliche Massnahmen in der Folge (durch die verfügende Behörde selbst oder auch durch eine Rechtsmittelinstanz) abgeändert bzw. aufgehoben werden, und möglich ist auch ein Dahinfallen von Gesetzes wegen. In diesen Konstellationen ist jeweils im Einzelfall zu prüfen, ob die fragliche Anordnung im Zeitpunkt der vermeintlichen Widerhandlung überhaupt vollstreckbar war. Damit verbunden ist die Frage nach der jeweiligen Kognition des Strafrichters (zum Ganzen: Riedo/Boner, a.a.O., Art. 292 N 195 f., mit zahlreichen Hinweisen).

2.4.3 Inwieweit der Strafrichter vollstreckbare, aber noch nicht rechtskräftige Verfügungen inhaltlich überprüfen darf, ist umstritten. Das Bundesgericht hat es bislang offengelassen, ob und inwieweit das Strafgericht die Rechtmässigkeit von Verfügungen bzw. Entscheiden eines Zivilgerichts überprüfen darf (BGer 6B_601/2020 vom 6. Januar 2021 [zur amtlichen Publikation vorgesehen] E. 2.2, mit Hinweis auf BGE 121 IV 29 E. 2a S. 31 f.). Unter der Annahme, dass der Strafrichter nicht an Verfügungen und Entscheiden des Zivilgerichts gebunden sei, kam es jedoch jüngst zum Schluss, dass die Überprüfungsbefugnis des Strafrichters in jedem Fall auf Willkür beschränkt wäre (vgl. BGer 6B_601/2020 vom 6. Januar 2021 [zur amtlichen Publikation vorgesehen] E. 2.2, mit Hinweis auf BGer 6B_449/2015 vom 2. Mai 2016 E. 3 und 6B_547/2012 vom 26. März 2013 E. 2.1).

2.5 Die mit Strafandrohung nach Art. 292 StGB versehenen Verfügungen vom 21. März 2019 und 29. April 2019 hatten ein superprovisorisch erlassenes Kontakt- und Annäherungsverbot zum Gegenstand und waren im Zeitpunkt der Tatbegehung vom 7. Mai 2019 grundsätzlich vollstreckbar. Mit Verfügung vom 5. Juni 2019 bestätigte das Zivilgericht die vorsorgliche Massnahme. Auch diese Verfügung wurde mit einer Strafandrohung gemäss Art. 292 StGB versehen und war grundsätzlich vollstreckbar. Wohl wies das Appellationsgericht das Gesuch von B_____ vom 21. März 2019 um (superprovisorischen) Erlass einer vorsorglichen Massnahme mit Entscheid vom 18. November 2019 ab. Zugleich hob es jedoch nur den Entscheid des Zivilgerichts vom 5. Juni 2019 auf, nicht aber die Verfügungen vom 21. März 2019 und 29. April 2019 (vgl. Akten S. 49). Gegenstand des zivilgerichtlichen Rechtsmittelverfahrens bildete denn auch einzig die Frage, ob das Zivilgericht gestützt auf die von ihm vorgenommenen Sachverhaltsfeststellungen das mit Verfügungen vom 21. März 2019 bzw. 29. April 2019 zunächst superprovisorisch ausgesprochene Kontakt- und Annäherungsverbot zu Recht bestätigt hatte. Dementsprechend äusserte sich das Appellationsgericht in seinem Entscheid vom 18. November 2019 nicht zur Rechtmässigkeit der Verfügungen vom 21. März 2019 und 29. April 2019. Zudem verwarf es die in Bezug auf die Verfügung vom 5. Juni 2019 erhobene Rüge des Berufungsklägers, wonach das Zivilgericht den Sachverhalt mangelhaft

festgestellt habe. Dies unter anderem mit der Begründung, dass im Verfahren betreffend Erlass einer vorsorglichen Massnahme naturgemäss kein abschliessendes Urteil über einen von den Parteien sehr kontrovers geschilderten Sachverhalt ergehen könne. In diesem Sinn stellte es fest, das Zivilgericht sei zu Recht zum Schluss gelangt, dass B_____ eine Verletzung ihrer Persönlichkeitsrechte in der Nacht vom 22. auf den 23. Januar 2019 glaubhaft gemacht habe. Unter Berücksichtigung weiterer, erstellter Vorkommnisse fügte das Appellationsgericht an, es sei aus der Sicht von B_____ nachvollziehbar, dass sie jeglichen Kontakt mit dem Berufungskläger nach Möglichkeit habe vermeiden wollen und dass sie die von ihr geschilderten Begegnungen als sehr belastend empfunden habe. Wohl führte das Appellationsgericht weiter aus, die Handlungen des Berufungsklägers nach der polizeilichen Befragung vom 24. Februar 2019 könnten bei objektiver Betrachtung kaum mehr als eigenständige Persönlichkeitsverletzungen gegenüber B_____ qualifiziert werden, was auch für die von ihr geschilderten Begegnungen im Zusammenhang mit den Proben respektive Konzerten des «[...]» gelte. Das Appellationsgericht schloss es jedoch ausdrücklich nicht aus, dass es hierbei zu Verstössen gegen das mit Verfügungen vom 21. März 2019 bzw. 29. April 2019 superprovisorisch ausgesprochenen Kontakt- und Annäherungsverbot gekommen sein könne (zum Ganzen Akten S. 45■47).

Aus dem Entscheid ZB.2019.20 vom 18. November 2019 des Appellationsgerichts folgt somit entgegen der sinngemässen Auffassung des Berufungsklägers (vgl. Akten S. 176 f.) gerade nicht, dass die (rückwirkende) Aufhebung der vorsorglichen Massnahme ohne Weiteres auch die Aufhebung der mit Verfügungen vom 21. März 2019 bzw. 29. April 2019 superprovisorisch angeordneten vorsorglichen Massnahme bewirkte. Insoweit liegt denn auch kein für das Strafgericht verbindliches zivilgerichtliches Urteil vor. Ob das Strafgericht die Rechtmässigkeit der Verfügungen vom 21. März 2019 bzw. 29. April 2019 eigenständig hätte prüfen dürfen, ist wie gesagt fraglich. Selbst wenn dies bejaht werden könnte, wäre die Überprüfungsbefugnis jedenfalls auf Willkür beschränkt gewesen (zum Ganzen vorne, E. 2.4.3). Dass es willkürlich war, die von B_____ verlangte vorsorgliche Massnahme zunächst superprovisorisch anzuordnen, macht der Berufungskläger nicht geltend und ist auch nicht ersichtlich. Vor diesem Hintergrund gelangte das Einzelgericht in Strafsachen zutreffend zum Schluss, dass im Zeitpunkt der Tathandlung vom 7. Mai 2019 eine vollstreckbare Verfügung bestand, welche eine Strafandrohung im Sinn von Art. 292 StGB enthielt. Demnach ist davon auszugehen, dass der Berufungskläger am 7. Mai 2019 um ca. 23.15 Uhr im Bahnhof [...] eine Begegnung mit B_____ billigend in Kauf nahm und damit eventualvorsätzlich gegen das mit Verfügungen vom 21. März 2019 und 29. April 2019 verhängte Kontakt- und Annäherungsverbot versties. Der Schuldspruch wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung (Art. 292 StGB) ist damit nicht zu beanstanden.

E. 3

3.1 Nach dem Gesagten ist die Berufung abzuweisen. Ausgangsgemäss hat der Berufungskläger die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der Berufungskläger ersucht jedoch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung.

3.2 Der verfassungsmässig garantierte Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege befreit den Betroffenen nicht generell von Verfahrens- oder Vertretungskosten, sondern bloss (einstweilig) von Kosten, welche den Zugang zum Verfahren beschränken oder erschweren, wie zum Beispiel die Verpflichtung zur Leistung von Kostenvorschüssen oder anderer Sicherheitsleistungen, die vom Gesetz im Hinblick auf die weitere Durchführung des

Verfahrens vorgesehen sind (BGer 6B_847/2017 vom 7. Februar 2018 E. 5). Dem Ausgang des Beschwerdeverfahrens entsprechend hat der Beschwerdeführer gemäss Art. 428 Abs. 1 StPO deshalb die Kosten zu tragen, selbst wenn die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt werden könnte. Die Gebühr wird auf CHF 500.■ festgelegt (§ 21 Abs. 2 des Gerichtsgebührenreglements [GGR, SG 154.810]).

E. 3.3

3.3.1 Dem Berufungskläger ist für das Berufungsverfahren mit Verfügung der Verfahrensleiterin vom 4. September 2020 die unentgeltliche Verbeiständung mit [...] bewilligt worden.

3.3.2 Eine amtliche Verteidigung ist gemäss Art. 132 Abs. 1 lit. a StPO zunächst in Fällen einer notwendigen Verteidigung im Sinne von Art. 130 StPO zu bestellen. Ferner besteht immer dann Anspruch auf eine amtliche Verteidigung, wenn die beschuldigte Person nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und die Verteidigung zur Wahrung ihrer Interessen geboten ist (Art. 132 Abs. 1 lit. b StPO).

3.3.3 Mittellosigkeit oder Bedürftigkeit ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung dann gegeben, wenn die beschuldigte Person die Leistung der erforderlichen Prozess- und Parteikosten nur erbringen kann, wenn sie die Mittel angreift, die sie zur Deckung des Grundbedarfs für sich und ihre Familie benötigt. Die prozessuale Bedürftigkeit beurteilt sich nach der gesamten wirtschaftlichen Situation im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs. Dazu gehören einerseits sämtliche finanziellen Verpflichtungen, andererseits die Einkommens- und Vermögensverhältnisse, wobei die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens unzulässig ist. Massgeblich ist nicht das betriebsrechtliche Existenzminimum. Die beschuldigte Person hat Anspruch darauf, dass ihr der erweiterte zivilprozessuale Notbedarf verbleibt. Dieser umfasst in der Regel einen um 25 % erhöhten Grundbedarf, zuzüglich der ausgewiesenen privat- und öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen (Ruckstuhl, in: Basler Kommentar, 2. Auflage 2014, Art. 132 StPO N 23). Mittellosigkeit ist demzufolge zu bejahen, wenn dieser erweiterte Notbedarf das massgebliche Einkommen übersteigt oder aus der Differenz nur ein kleiner Überschuss resultiert, der es dem Gesuchsteller nicht erlauben würde, die Gerichts- und Anwaltskosten innert absehbarer Frist ■ je nach Aufwändigkeit des Prozesses ein bis zwei Jahre ■ zu tilgen (AGE BES.2014.125 vom 5. November 2014 E. 2.1; Ruckstuhl, a.a.O., Art. 132 StPO N 24).

Der Berufungskläger verfügt als Musikstudent und Musiker ■ nicht zuletzt auch aufgrund der immer noch andauernden Pandemiesituation und den damit verbundenen Einschränkungen ■ unstreitig nicht über ein regelmässiges Einkommen. Gemäss den eingereichten Belegen erzielte er zuletzt ein durchschnittliches Einkommen von rund CHF 1'200.■ (netto) pro Monat (CHF 119.20 im September 2020, CHF 622.10 im Oktober 2020, CHF 2'866.65 im November 2020). Dem stehen ein um 25 % erhöhter Grundbedarf von CHF 1'275.50 zuzüglich der ausgewiesenen Mietkosten von monatlich CHF 750.■ gegenüber. Daraus resultiert bereits ein monatlicher Fehlbetrag von rund CHF 810.■, womit die Bedürftigkeit des Berufungsklägers erstellt ist.

3.3.4 Zur Wahrung der Interessen der beschuldigten Person ist eine Verteidigung sodann namentlich dann geboten, wenn es sich nicht um einen Bagatellfall handelt und der Straffall in rechtlicher oder tatsächlicher Hinsicht Schwierigkeiten bietet, denen die beschuldigte Person allein nicht gewachsen wäre (Art. 132 Abs. 2 StPO). Ein Bagatellfall liegt jedenfalls

dann nicht mehr vor, wenn eine Freiheitsstrafe von über vier Monaten oder eine Geldstrafe von über 120 Tagessätze zu erwarten ist (Art. 132 Abs. 3 StPO). Von Schwierigkeiten in tatsächlicher Hinsicht spricht man insbesondere, wenn der objektive oder subjektive Tatbestand umstritten ist und dazu verschiedene Zeugen einvernommen oder Gutachten eingeholt werden müssen. Schwierigkeiten in rechtlicher Hinsicht sind etwa dann anzunehmen, wenn es um komplexe Tatbestände geht, die rechtliche Subsumtion umstritten ist oder die in Frage kommenden Sanktionen strittig sind (BGer 1B_185/2015 vom 9. Juni 2015 E. 3.2). Auch in Bagatellfällen ist bei Unterschreiten der gesetzlichen Schwellenwerte eine amtliche Verteidigung nicht per se ausgeschlossen. Eine amtliche Verteidigung kann ausnahmsweise etwa angeordnet werden, wenn der Fall ganz besondere Schwierigkeiten bietet oder eine ganz aussergewöhnliche Tragweite aufweist (vgl. statt vieler: BGer 1B_402/2015 vom 11. Januar 2016 E. 3.5; auch Harari/Raphaël/Santamaria, in: Commentaire Romand, Code de procédure pénale suisse, 2. Auflage 2019, Art. 132 N 64).

Vorliegend ist zu beachten, dass der Berufungskläger im Zusammenhang mit der Beziehung zu B_____ bereits mehrere (zivil- und strafrechtliche) Verfahren über sich ergehen lassen musste, was für ihn zweifelsohne belastend war, auch wenn er teilweise obsiegte. Im vorliegenden Verfahren war sodann eine Rechtsfrage zu klären, die in der Lehre bislang umstritten und vom Bundesgericht erst vor Kurzem, das heisst im Januar 2021 und auch nur hypothetisch geklärt wurde. Der streitgegenständliche Schuldspruch stellt den Berufungskläger als Ausländer und juristischen Laien vor erhebliche Schwierigkeiten, denen er ohne fachkundige Verteidigung nicht gewachsen wäre. Ebenfalls zu berücksichtigen ist, dass sich eine Verurteilung ■ selbst wenn diese im Bagatellbereich erfolgt ■ für den Berufungskläger in ausländerrechtlicher Hinsicht nachteilig auswirken kann.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.